

«O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS (TREATMENT) NO ANTEPROJETO DE UM QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA (DO DIREITO PRIVADO EUROPEU)»

*Helga Fabíola da Fonseca Farela\**

**Palavras-chave:** contrato de prestação de serviços médicos; anteprojeto de um quadro comum de referência; direitos dos pacientes; direito comparado.

**Keywords:** treatment contract; draft common frame of reference (DCFR); patient 's rights; comparative law.

**Resumo:** O principal objetivo deste estudo é a análise das disposições do contrato de prestação de serviços médicos no Anteprojeto de um Quadro Comum de Referência.

A pertinência do estudo está relacionada com a necessidade de identificar os principais pressupostos no que diz respeito à análise da evolução do Direito Privado Europeu, procurando descobrir um sentido para a evolução deste Direito e da necessidade da sua codificação ou não ao nível europeu. O contrato de prestação de serviços médicos, regulado no DCFR e também já objeto de regulação no BGB desde 2013, é considerado um precioso instrumento do Direito da Medicina.

*Sumário: 1. Introdução. 2. Do Capítulo 8- Serviços Médicos (Treatment). 3. Conclusão.*

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

## 1. Introdução.

As relações que se estabelecem entre o médico e o seu paciente têm merecido uma crescente atenção por parte dos juristas, uma vez que a determinação do seu regime jurídico se tem revelado difícil. Os problemas surgem a nível doutrinal mas sobretudo no âmbito da decisão jurisprudencial.

A opção pela temática *supra* enunciada prende-se com a questão de saber como devem ser garantidos os direitos dos pacientes e como regular estes direitos. Tipificar no Código Civil o contrato de prestação de serviços médicos através de uma lei de direitos dos pacientes, à semelhança da Holanda e mais recentemente na Alemanha? Deixar o assunto para a profissão médica? A resposta a estas questões passa necessariamente por analisar o regime da relação contratual entre o prestador de serviços médicos e o paciente, regulado no Anteprojecto de um Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu, livro IV, Parte C (Serviços), Capítulo 8 (Contrato de tratamento)<sup>1</sup>.

O *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*<sup>2 3</sup> foi elaborado tendo por base o estudo comparado dos sistemas jurídicos nacionais, fruindo como apoio os trabalhos existentes sobre harmonização e unificação do direito privado europeu, destarte, as diretivas sobre proteção dos consumidores<sup>4</sup> e, os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL)<sup>5</sup>. Uma das suas funções é servir de

---

\* Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho. Colaboradora no Centro de Estudos em Direito da União Europeia da Universidade do Minho.

<sup>1</sup> C.VON BAR et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Sellier European Law Publisher, München, 2009.

<sup>2</sup> General Provisions (Book I); Contracts (Book II); Obligations (Book III); Specific Contracts (Book IV); Benevolent Intervention in another affairs (Book V); (...)

<sup>3</sup> Resulta da colaboração do Study Group on a European Civil Code (“The Study Group”) e o Research Group on EC Private Law (“The Acquis Group”).

<sup>4</sup> Directivas 85/577/CEE; Directiva 93/13/CEE; Directiva 97/7/CE; Directiva 201/83/EU; Directiva 1999/44/CE entre outras.

<sup>5</sup> LANDO, OLE, BEALE, HUGH, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000. Para maiores desenvolvimentos consultar: [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net).

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

orientação tanto ao legislador comunitário como ao legislador nacional e, assim, potenciar a harmonização dos diferentes direitos civis nacionais da UE<sup>6</sup>.

São normas ditas de *soft law*, mas ainda assim de grande interesse doutrinal, nomeadamente em matéria de contratos de serviços, tendo em conta que em muitas ordens jurídicas nacionais<sup>7</sup>, salvo algumas exceções, a prestação de serviços aparece ainda com algum vazio normativo. A parte C do livro I.V. do DCFR, tem como sistematização na parte geral, os capítulos 1 e 2, aplicáveis a todos os contratos de serviços e, uma parte especial, nos capítulos 3 a 8<sup>8</sup>, onde estão regulados os seis específicos contratos de serviços<sup>9</sup>.

O princípio da autonomia da vontade das partes é um princípio essencial e que caracteriza o contrato de serviços e, por isso, as regras de DCFR são aplicáveis sempre e somente por acordo das partes. No Código Civil português, não existe uma parte geral dos contratos de serviços, estes são regulados nos arts. 1154<sup>o</sup> e ss, com apenas três modalidades específicas, sendo extensíveis a outros serviços, as normas do Mandato. E, por isso, o direito europeu dos contratos abre imensas possibilidades legiferantes no campo contratual nacional<sup>10</sup>.

Assim sendo, analisemos alguns dos artigos do capítulo 8<sup>11</sup>, do Anteprojeto de um Quadro Comum de Referência (DCFR).

---

<sup>6</sup> *Vd.*, Sobre o estudo comparado dos sistemas nacionais, JANSEN, N., ZIMMERMANN, “A European Civil Code in All But Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference” in *Cambridge Law Journal*, Vol. 69, 2010, pp. 98-112; C. VON BAR, “Coverage and Structure of the Common Frame of Reference” in *European Review of Contract Law*, Vol. 3, 2007, *passim*.

<sup>7</sup> Espanha, por exemplo, regula a Empreitada, mas pouco mais.

<sup>8</sup> *Vd.*, Chapter 8: *Treatment*, Book IV, Part C: *Services* in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Sellier European Law Publisher, Munich, 2009, pp. 1932 e ss.

<sup>9</sup> *Model Rules...*, Full Edition, cit., 2009, Vol. 2, p. 1599, nota 1 ao Art. IV.C.1:101, onde se explica a origem desta sistematização no *Common Law*.

<sup>10</sup> Em Espanha não está regulado o contrato de prestação de serviços no código civil, de forma que o DCFR serve como preenchimento de lacunas na Jurisprudência.

<sup>11</sup> Aplica-se, em princípio, onde houver relação contratual prestador-doente. Contudo, se no direito nacional a relação não puder ser qualificada como contrato de direito privado, este capítulo não se aplica.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

## 2. Do Capítulo 8 - Serviços Médicos (“*Treatment*”) <sup>12</sup>

### IV.C.- 8:101: “Âmbito de aplicação”

Nos comentários a este artigo, sobre o âmbito de aplicação do contrato de tratamento, é delimitado nos parágrafos (1) e (2), o tipo de prestação abrangido<sup>13</sup> por este contrato, incluindo-se não só o tratamento médico mas também qualquer ato ou prestação que possa ser capaz de “alterar ou afetar a condição física ou mental de uma pessoa”<sup>14</sup>.

No parágrafo (3) estende-se os direitos e deveres deste capítulo a situações onde o paciente não foi parte do contrato de serviços médicos<sup>15</sup>, sendo o caso paradigmático aquele em que o paciente tem um seguro médico. A questão do âmbito de aplicação abrangida pelos parágrafos (1) e (2), suscita dúvidas no caso em que os cuidados de saúde são prestados por pessoas que não sejam médicas, por exemplo, um psicanalista, ou no âmbito da medicina alternativa, *bodypiercing* entre outros, sendo que quanto a farmacêuticos é claro que não se aplica. Existem casos em que não há a necessidade de cura, como na medicina estética, esterilização, medicina tropical, paliativa, para enumerar apenas estes, mas no entanto, “modifica a condição física ou mental”.

O argumento que está subjacente aos comentários oficiais a este artigo para a extensão do âmbito de aplicação a outros tratamentos não médicos – desde que capazes de influenciar a condição física ou mental – não é critério decisivo

---

<sup>12</sup> A expressão *Treatment (Contract for)* inclui os tratamentos médicos/terapêuticos mas também “qualquer outro serviço capaz de alterar a condição física ou mental de uma pessoa”. Opta-se aqui pela expressão “serviços médicos” porque tanto o DCFR como os comentários oficiais estão centrados neste contrato.

<sup>13</sup> IV.C.-8:101 (1) “Este capítulo aplica-se aos contratos em que uma das partes, o prestador do serviço, se compromete a prestar tratamento médico à outra parte, o paciente; (2) Aplica-se, com as necessárias adaptações, aos contratos em que o prestador se compromete a prestar qualquer outro serviço dirigido a modificar a condição física ou mental de uma pessoa; (3) Se o paciente não é parte contratante, considera-se como um terceiro a quem o contrato confere direitos que correspondam às obrigações do prestador do serviço impostas por este capítulo”.

<sup>14</sup> DCFR, Full Edition, cit., Comentário B ao Art. IV.C.- 8:101, p. 1934.

<sup>15</sup> Para uma clareza terminológica, é “contrato de serviços médicos” e não “contrato médico”, porque engloba todo um processo assistencial, de atenção, informação, diagnóstico, consentimento, entre outras prestações.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

porque muitos outros serviços cumprem esta característica e, no direito comparado, existem regulamentações especiais sobre direitos dos pacientes, regras próprias de responsabilidade civil e deontológicas e, a profissão médica, para além de corporativa e exigente em termos de formação técnica, não permite, e encontraria muita resistência dos médicos, em se plasmar uma regra tão abrangente de aplicação, no direito nacional de muitos Estados Membros, incluindo Portugal.

O parágrafo (2) poderá, no entanto, ser aplicado a estas situações, por analogia. A medicina não convencional tem vindo a ganhar cada vez mais importância e, serve este artigo o escopo de proteção do paciente assim como o interesse público da qualidade do sistema de saúde<sup>16</sup>. De notar que na Holanda, os profissionais de saúde excluídos do âmbito de aplicação do contrato médico no BW, são os farmacêuticos.

No novo contrato de serviços médicos do BGB<sup>17</sup>, excluem-se os veterinários, mas já não os farmacêuticos ou os massagistas e enfermeiros, psicoterapeutas e assistentes de obstetrícia.

O capítulo 8 do DCFR cobre todas as situações<sup>18</sup> mas não tem em conta as prestações médicas quando o paciente celebra o contrato diretamente com o hospital<sup>19</sup>, de internamento ou assistência. Este capítulo é insuficiente na regulação destas prestações acessórias, do tratamento médico em sentido estrito, que seriam diretamente aplicáveis ao hospital, pois só contempla as situações relativas à segurança dos equipamentos e produtos utilizados (Art. IV. C.-8:103),

---

<sup>16</sup> Ver, por exemplo, no direito nacional a Lei 45/2003, de 22 de Agosto – Lei de enquadramento base das terapêuticas não convencionais, que impõe a obrigação de respeitar a confidencialidade dos dados pessoais e de guardar sigilo. Nestes casos, a acupuntura, homeopatia e similares.

<sup>17</sup> Titel 8-“Dienstvertrag und ähnliche Verträge”- Untertitel 2 -“Behandlungsvertrag” §630a- §630h BGB. Sobre este contrato ver, entre outros, KATZENMEIER, “Der Behandlungsvertrag- Neuer Vertragstypus im BGB” in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pp. 817 ss.

<sup>18</sup> Basicamente o que caracteriza a relação como contrato é o tipo de prestação realizada e não os sujeitos envolvidos. De referir que o parágrafo (3) estende os direitos e obrigações derivados do capítulo 8 a situações em que o paciente não foi parte no contrato de serviços médicos, a contratos concluídos com um terceiro, em benefício do paciente e, este paciente, tem direito de exigir esse tratamento ao prestador do serviço, por exemplo, no âmbito da medicina do trabalho.

<sup>19</sup> *Model Rules*, cit., p. 1934.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

sendo só cobertas se as entendermos como incluídas na obrigação geral de competência e diligência do Art. IV.C.-8:104. Assim, o médico responde contratualmente pelos seus próprios atos, mas também nos casos de incumprimento dos seus auxiliares ou dependentes. Para se fundamentar a responsabilidade civil extracontratual do hospital a jurisprudência recorre ao art.800º do Código Civil<sup>20</sup>. Em Portugal, o art.64º CRP, garante o acesso universal à saúde, é parte na CDHBio que produz efeito direto na lei<sup>21</sup> e, quando o tratamento é feito em hospital público, aplica-se o direito administrativo. Seria desejável considerar também a celebração de um contrato entre paciente e hospital, independente se é público ou privado<sup>22</sup>. Na Holanda entende-se poder haver dois contratos: um com o médico e outro com a clínica<sup>23</sup>.

Com André Dias Pereira, defendemos a tese do contrato como a regulamentação mais vantajosa em termos práticos, “como o direito de acesso aos registos clínicos e em caso de ações de responsabilidade será mais favorável ao doente que pretende uma indemnização por eventos danosos no âmbito hospitalar, dada a inversão do ónus da prova da culpa, nos termos do art. 799º, nº1 do Código Civil. Outra vantagem está presente no prazo de prescrição que é de 20 anos (art.309º do Código Civil)”<sup>24</sup>. Diz-nos o Autor que o fundamento para a tese da responsabilidade contratual do hospital público pode ser encontrado na

---

<sup>20</sup> VAZ SERRA, “A Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes ou dos substitutos” in *Boletim do Ministério da Justiça*, 72, p. 274 e 277.

<sup>21</sup> As normas que enunciam direitos individuais, precisas e incondicionais, devem poder ser invocadas perante as jurisdições nacionais nas relações com pessoas privadas, por exemplo nas relações médico-paciente, ou entre pessoas públicas, por exemplo nas relações paciente-hospital - são as chamadas normas “self-executing”. Consultado a 30-03-2015, em (<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>).

<sup>22</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 33, defende que “não há responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever de ofício, no hospital público, a não ser que exerça aí clínica privada”, havendo apenas responsabilidade contratual da própria organização hospitalar.

<sup>23</sup> HONDIUS, Ewoud, HOOFT, A., “The New Dutch Law On Medical Services” in *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1996 p. 2: “This implies that the patient sometimes has two contracts; one with the hospital authorities for nursing and care and one with the physician for examination and treatment”.

<sup>24</sup> PEREIRA, André, “O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulários: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2000, p.439.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

aceitação de um *contrato de adesão*. Outro caminho será a figura das “*relações contratuais de facto*”, na sua vertente de “*relações de massas*” (*Massenverkehr*), resultantes de um comportamento social típico (*Sozial typisches Verhalten*)<sup>25</sup>. Ou seja, a figura do contrato tem elasticidade suficiente para abdicar de alguns dos seus elementos clássicos (liberdade de contratar ou não, de escolha dos contraentes e de livre modelação do conteúdo, não pagamento do preço mas de taxa moderadora) e moldar-se às necessidades da evolução do direito e da sociedade, não afastando, no entanto, a compensação por danos não patrimoniais<sup>26</sup>.

#### IV.C.- 8:102: “Diagnóstico”

Este artigo prevê uma regra especial de obrigação de diagnóstico, que obriga o médico<sup>27</sup> a interrogar o paciente (anamnese) sobre o seu estado de saúde, sintomas, alergias e outras doenças, tratamentos prévios, bem como a informação sobre as suas preferências e prioridades em relação ao tratamento; (b) executar os exames necessários para o diagnóstico e condições de saúde do paciente e, (c) consultar outros profissionais de saúde envolvidos ou a existência de outros tratamentos. Insere-se aqui uma das obrigações do paciente no sentido de cooperar com o médico e, também, uma das obrigações do médico de aplicar o seu grau de conhecimento, técnica e experiência. É este o primeiro passo das obrigações do médico no tratamento- proceder ao diagnóstico.

Questão que se coloca é se um errado diagnóstico pode ser causa de responsabilidade. Considera-se que um diagnóstico errado não é uma quebra do *standard* de cuidado, pois pode ser um erro de julgamento por causa da existência

---

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*, p. 440. *Vd.*, também, *Model Rules*, Full Edition., Comments, Art.I.V.C.-8:101 DCFR, p. 1934.

<sup>26</sup> Sistema do cúmulo de responsabilidades no direito português, *Vd.*, entre outros, Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2008, p. 547 e ss. Neste sentido, Ac. STJ de 19/06/2001/01ª100 (Pinto Monteiro). Um outro sistema é o sistema misto, onde o lesado pode optar pela responsabilidade contratual ou pela extracontratual, conforme julgue mais favorável em concreto. Ac. STJ de 7/10/2010/1364/05.5TBBCL.G1 (Ferreira de Almeida).

<sup>27</sup> Na referência a médicos inclui-se, *brevitatis causa*, qualquer profissional de saúde.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

de diversos factores. Apenas um erro grosseiro na apreciação de um dado médico simples e na sua interpretação pode ser causa de incumprimento do “dever de diligência”. Diferente, é saber até onde vai esta questão. Há diagnósticos que requerem tempo e recursos, podem ser longos, caros, desnecessários e arriscados. Há técnicas de diagnóstico invasivas que apresentam riscos. Por outro lado, diagnósticos incompletos podem levar a um tratamento defeituoso, se não houver dados suficientes disponíveis<sup>28</sup>. O critério é o da razoabilidade<sup>29</sup> neste processo. E aqui este artigo remete-nos para o art. IV.C.8:104 (“obligation of skill and care”). Há quem critique a limitação da responsabilidade do profissional nos casos de erro de diagnóstico, uma vez que o médico deve fazer a anamnese do paciente, executar os exames necessários e, se for o caso, consultar outro profissional.

#### **IV.C.-8:103: “Obrigações sobre instrumentos, medicamentos, materiais e instalações”**

Relaciona-se com as obrigações relativas a instrumentos, medicamentos, materiais, instalações e estabelecimentos. Assim, a prestação correta do tratamento médico, não está dependente somente da diligência e da perícia do profissional, mas igualmente, do bom estado e funcionalidade de todos os equipamentos que estão associados ao ato médico. Tendo em conta que uma das características da prática médica contemporânea é a evolução tecnológica, a ciência médica e a prática estão cada vez mais dependentes de tecnologia sofisticada, que apresenta riscos específicos. Mesmo que as melhorias e avanços sejam significativos, eventos adversos continuam a existir e, em certas áreas, até pode ter aumentado. Os produtos médicos e dispositivos usados, instrumentos e

---

<sup>28</sup> Numa decisão de 2015, o Tribunal Cível de Lisboa, condenou o Hospital CUF Descobertas pela morte de uma paciente com base na teoria da perda de chance. Ver notícia em (<http://visao.sapo.pt/cuf-condenada-por-negligencia-medica=f829186>).

<sup>29</sup> Chamado de “Reasonability test”, tendo em conta um balanço entre *Standards e Guidelines*, eficiência económica dos recursos de saúde e, a análise do risco-benefício.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

medicamentos têm de estar conforme aos *standards* profissionais aprovados e devem ser inspecionados de forma adequada. Dando como exemplos, uma exposição a radiação superior ao aconselhado, causando danos ao paciente devido ao mau funcionamento do equipamento ou a infeção hospitalar.

O DCFR ocupa-se desta questão, advertindo dos principais danos associados, tanto em termos de gravidade como em número. Na sua alínea a) e b) é descrita a importância e as consequências de equipamentos defeituosos, tendo como base de referência a infeção hospitalar, a necessidade de higiene por parte do prestador de serviços, diligências que estão descritas igualmente, no artigo seguinte. A razão deste artigo, é intensificar o dever de cuidado e diligência nestes casos.

Por um lado, pode argumentar-se que o profissional só seja responsabilizado se houver violação do dever de cuidado quando utiliza estes equipamentos ou produtos, ou seja, não os utiliza de acordo com os regulamentos e instruções ou práticas aprovadas. Esta é uma abordagem da responsabilidade baseada na culpa. Por outro, sustenta-se que o profissional deve ser estritamente responsabilizado quando há uma obrigação de segurança do paciente. Ou seja, o médico tem uma obrigação de resultado quanto à segurança do paciente, deve proteger o paciente de lesão causada por instalações, equipamentos e outros. A posição intermédia, aponta no sentido de presumir-se a culpa da parte do prestador de serviço, o que permite ao prestador provar que atuou de acordo com o *standard* de cuidado exigível para evitar danos. Esta é uma norma imperativa, fixa uma responsabilidade objetiva pelo uso de equipamentos defeituosos- independente de quem os usa<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> *Legis artis ad hoc* – obrigação de segurança dos equipamentos utilizados no ato médico.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

#### IV.C.-8:104: “Obrigação de competência e diligência”<sup>31</sup>

O artigo precedente, como vimos, radica nas obrigações do prestador de garantir que o produto médico e as instalações não são defeituosos e, que o paciente está protegido de qualquer tipo de risco. Neste sentido, o DCFR impõe uma regra de responsabilidade objetiva que se baseia na relação de causalidade entre o uso correto do produto pelo profissional e, as instalações sanitárias por outro lado.

O Artigo 7:453 do Código Civil holandês diz explicitamente que, no exercício das suas atividades, um prestador de cuidados de saúde deve exercer o nível de cuidado esperado de um prestador de cuidados de saúde consciente e que deve agir de acordo com a responsabilidade esperada do profissional padrão para os prestadores de cuidados de saúde<sup>32</sup>.

Em Portugal, a obrigação de competência e diligência<sup>33</sup>, está contido no direito nacional como uma obrigação do médico, um dever objetivo de cuidado integrado na obrigação principal<sup>34</sup>.

Enquanto na Dinamarca, Finlândia e Suécia, este dever não tem um *standard* objetivo, é baseado no sistema *no-fault* e num regime de compensação de danos. Contudo o DCFR descarta expressamente que os sistemas de compensação sem culpa sejam um regime válido de responsabilidade civil para os serviços médicos. É sugerido que a adoção destes sistemas vigentes na Finlândia, Dinamarca e

---

<sup>31</sup> IV.C. 8:104 “(1) A obrigação de competência e diligência do profissional médico requer especificamente que actue com a competência e diligência que um profissional razoável e competente demonstraria nas mesmas circunstâncias; (2) Se o profissional de saúde carece da experiência ou competência para tratar o doente com o grau necessário de competência e diligência, deverá referenciar o paciente a outro profissional que o possa fazer; (3) As partes não podem excluir a aplicação deste artigo nem derrogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente”.

<sup>32</sup> PEREIRA, André, “Medical Liability: Comparing «Civil Law» and «Common Law»” in R.G. BERAN (ed.), *Legal and Forensic Medicine*, 35, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013, p. 593.

<sup>33</sup> Esta diligência exigível ao médico é determinada de acordo com as regras deontológicas e as *leges artis*, com o estado da ciência e tecnologia. Ver também o Estatuto da Ordem dos Médicos, com regras próprias importantes para aferir e valorar o cumprimento ou incumprimento da “diligência profissional”.

<sup>34</sup> Art. 9º (atualização e preparação científica) e Art. 35º, nº1 (abster-se de actos que não estejam de acordo com as *leges artis*) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de 2009.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

Suécia, se deviam articular fora do sistema de responsabilidade civil, através da figura do seguro ou de fundos de compensação, mas não como uma forma de responsabilidade civil dos profissionais de saúde ou dos hospitais<sup>35</sup>.

Como o capítulo 8 do DCFR prevê regras especiais para as obrigações de diagnóstico (IV.C.-8:102 remete para o IV.C.-8:104), de segurança dos produtos médicos e instalações, de consentimento informado, assim como regras de registo clínico, o IV.C.-8:104, identifica o critério de imputação<sup>36</sup> aplicável à obrigação de prestação de tratamento médico em sentido estrito. Por exemplo, quanto à informação, o *standard* de diligência exigível ao prestador, não parte do *standard* razoável do profissional médio, mas das expectativas de informação razoáveis do paciente médio. Determina a diligência exigível mediante o *standard* objectivo do prestador razoavelmente competente, o grau de competência exigível é o do profissional médio, e admite a sua modelação em função de circunstâncias subjetivas do prestador, como a sua especialização e experiência, bem como em função de circunstâncias objetivas, como a gravidade dos riscos associados ao problema de saúde ou ao tratamento, por exemplo, no caso de obesidade ou diabetes. No caso dos médicos especialistas, em Portugal, Espanha, Alemanha, Holanda entre outros, o grau de diligência e cuidado aumenta e é aferido no grau do especialista médio. Enquanto em Itália e França, este grau não aumenta com a especialização, sendo duvidoso no caso da Grécia. Na Dinamarca e Suécia o padrão para todos os médicos é o de especialista e, na Finlândia, o de um médico experiente.

---

<sup>35</sup> *Model Rules...*, cit., p. 1953.

<sup>36</sup> O DCFR situa com esta regra o critério de imputação da responsabilidade do profissional médico ou da clínica pelo incumprimento das suas obrigações contratuais no regime tradicional da culpa, tanto para os tratamentos curativos como voluntários. Esta posição não deve ser interpretada no sentido de que a prestação de tratamento médico não possa consistir numa obrigação de resultado, à margem da atuação diligente do profissional, se as partes assim a configuram. Esta possibilidade está contemplada no art IV.C.-2:106 DCFR (“Obligation to achieve result”), não sendo neste caso contrato de serviços médicos, mas contrato de trabalho (“Construction”), que é regulado no capítulo 3 do livro 4 do DCFR.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

Ou seja, a lei varia nos vários países da Europa e apresenta soluções também diversas neste domínio, bem como na medicina experimental. O art IV.C.-2:102 DCFR<sup>37</sup>, integra o conteúdo da diligência exigível com as leis e regulamentações imperativas aplicáveis ao tipo de serviço (*Guidelines* e *Protocolos*). Nem o artigo nem os comentários resolvem a questão importante de saber se o cumprimento de tais regras liberta de responsabilidade o profissional médico ou se, em função das circunstâncias do caso, a diligência exigível pode requerer ao profissional atuações diversas às geralmente aceites no sector da prática clínica.

Quanto ao ónus da prova da falta de cuidado e diligência também há diferenças, sendo em Portugal, Espanha, França e outros, o paciente a provar esse incumprimento, o dano e o nexo causal. Podendo ser invertido nos casos excepcionais.

Na Holanda, o médico tem o dever de ajudar o paciente em tribunal, sendo o *leading case* na determinação do critério da diligência e cuidado, o caso *Speeckaert/Gradener, Hoge Raad 9 November 1990, NedJur 1991,26*, onde se disse que o “cuidado é o que se espera de um especialista razoável e hábil”<sup>38</sup>. No mesmo sentido deve ser lido e interpretado o Art. 7:453 BW<sup>39</sup>.

Em Portugal, a responsabilidade que gera é baseada na culpa. Perante a ausência de uma regulação jurídica das diversas prestações do profissional durante o processo de assistência médica, semelhante ao DCFR, a jurisprudência integra o critério de determinação do *standard* exigível nas obrigações gerais de diligência profissional. O médico, ou o prestador do serviço médico, deve agir como um competente, perito e qualificado (critério objetivo e abstrato), perante

---

<sup>37</sup> “Pré-contractual duties to warn”.

<sup>38</sup> *Model Rules...*, Full Edition, 2009, Comment D, 16., p. 1958.

<sup>39</sup> “The provider of the service, in the execution of his business, has to comply with the care of a good provider of the service, and acts in accordance with the responsibility he bears, arising from his professional standard”.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

as circunstâncias, sendo este um critério subjetivo e concreto, ou seja, *lex artis had-hoc*<sup>40 41</sup>, o que é compatível com esta disposição do IV.C.-8:104 do DCFR.

A regulação do contrato de serviços médicos no DCFR aplica-se por igual a contratos de tratamento curativo ou voluntário, pois em ambos os casos o prestador obriga-se a prestar diligentemente uma actividade dirigida a curar o paciente, mas não garante a sua cura ou melhoria. Não há incumprimento pelo facto de não se obter o resultado pretendido. O que é inovador no DCFR, é que abandona a associação entre medicina voluntária e a obrigação de resultado. A opção do DCFR neste ponto merece uma valoração positiva, porque a configuração de uma obrigação do médico como de resultado não depende necessariamente do carácter voluntário do tratamento, mas da vontade das partes e de que, dado o tipo de doença, o resultado pretendido, conforme ao estado de conhecimento científico e técnico, tenha perdido o seu carácter aleatório e a sua obtenção esteja sob controlo do médico. De qualquer modo, pelo menos deve ser acentuado de que tipo de especialidade médica se trata para que se possa identificar *ex ante* a obrigação de resultado. A Jurisprudência não é estranha a estas ideias- há jurisprudência em Espanha que diz que a doutrina sobre medicina estética e sobre obrigações de meios- obrigações de resultado, não se resolve com respostas absolutas<sup>42</sup>.

Analisemos em conjunto os três artigos seguintes:

---

<sup>40</sup> Ver Art. 487º, nº 2 do Código Civil; FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica na Europa Ocidental - Considerações de *lege ferenda*” in *Scientia Iuridica*, Tomo XXXIII, Livraria Cruz, Braga, 1984, p. 100 e ss.

<sup>41</sup> O critério do profissional razoavelmente competente que atua em conformidade com as *legis artis*, diretrizes e protocolos de atuação aceites em geral e tidos como válidos de acordo com o estado atual da ciência, tendo em conta as circunstâncias em que o tratamento é prestado. *Model Rules*..., cit., p. 1951.

<sup>42</sup> STS 20/11/2009, citado nos Comments ao DCFR, *Model Rules*..., cit., pp 1967 e ss.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

**IV.C.-8:105 “Obrigação de informação”, IV.C.-8:106: “Obrigação de informação nos tratamentos voluntários ou experimentais” e, IV.C.-8:107: “Exceções à obrigação de informação”:**

O Art. IV.C.-8:105, no seu parágrafo (1)<sup>43</sup>, identifica claramente o que o médico deve informar, mas não precisa o seu alcance, não obstante no parágrafo (2)<sup>44</sup> e, nos comentários, se definirem alguns critérios de determinação. Mais uma vez, os maiores problemas encontram-se na informação dos riscos e alternativas de tratamento. Não é possível exigir ao médico a informação sobre todos os riscos associados<sup>45</sup>. No entanto, os comentários identificam os seguintes critérios para

---

<sup>43</sup> IV.C.- 8:105 (1) “Para que o paciente possa decidir livremente, o prestador do serviço deve informar: (a) do estado de saúde; (b) da natureza do tratamento; (c) das vantagens do tratamento proposto; (d) dos riscos do tratamento proposto; (e) alternativas de tratamento e suas vantagens e riscos; e (f) das consequências de não receber tratamento”.

<sup>44</sup> 8:105 (2) “Em qualquer caso, o profissional deve informar o paciente dos riscos e alternativas que possam influenciar razoavelmente na sua decisão de consentir ou não sobre o tratamento proposto; considera-se que um risco possa influenciar a decisão se, ao produzir-se, o paciente sofreria um grave prejuízo. Salvo convenção em contrário, a obrigação de informação está sujeita ao disposto no Capítulo 7( Informação e aconselhamento); (3) A informação deve ser dada de forma a ser entendida pelo paciente”.

<sup>45</sup> A respeito do conteúdo do dever de esclarecer, existem as teses do médico razoável, do paciente razoável ou abstrato e, do concreto paciente. Na primeira, considera-se que a informação é suficiente quando um outro médico razoável teria dado essa mesma informação ou quando esse *quantum* de informação for aceitável dentro da classe médica (*body of medical opinion*). Era tradicional em Inglaterra, ter esse critério, o modelo do *Bolam test* (Bolam versus Frien Hospital Management Committee, de 1957) na sequência do caso *Sidaway*, da House of Lords. Na segunda tese, os elementos relevantes são aqueles que uma pessoa média, naquele quadro clínico, julgaria necessários para tomar uma decisão. Não é o médico a medir o *quantum* da informação, mas sim o paciente. Na Austrália vigora este critério. Na terceira tese, do paciente concreto, o médico deve informar sobre o que o paciente individualmente exige. Alguma jurisprudência americana tem seguido ultimamente este critério. O que se entende aqui é que cada paciente tem necessidades distintas de informação em virtude das suas concretas características. Entre nós, tem sido defendido este critério por GUILHERME DE OLIVEIRA, que refere:” em bom rigor, a necessidade de informação deveria chegar ao ponto de considerar aspectos irrelevantes para o comum dos doentes mas que são importantes para o paciente concreto...corolário básico de obter um consentimento esclarecido do doente concreto que está perante o médico”. Mais recentemente, no Reino Unido, o importante caso MONTGOMERY v. LANARKSHIRE HEALTH BOARD de 11 de Março de 2015, o Supremo Tribunal proferiu uma decisão diferente, num caso de negligência e consentimento e dever de informação sobre alternativas ao tratamento, que estavam bem definidas no caso *Bolam* e *Sidaway*. Casos em que se decidiu que o médico não agiu com negligência se tiver omitido a informação sobre os riscos a propósito de um tratamento psiquiátrico, se outros médicos na mesma posição tivessem concordado com essa decisão. Agora, com o caso MONTGOMERY, reverteu-se esta prática, ou seja, o médico não agiu com negligência

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

delimitar os riscos relevantes: a frequência e gravidade do risco, a urgência do tratamento e o seu carácter necessário<sup>46</sup>. Esta conclusão está de acordo com a regra especial do Art. IV.C.-8:106 (1)<sup>47</sup> <sup>48</sup>, que exige esse alcance na medicina estética ou nos ensaios clínicos. Aqui, o paciente carece de mais informação dada a ponderação do risco-benefício<sup>49</sup>, para si próprio e para o avanço da medicina em geral.

Em relação a novas técnicas terapêuticas, o paciente terá interesse não só na informação normalmente divulgada sobre tratamentos inovadores, mas igualmente na informação sobre as alternativas<sup>50</sup> e sobre todos os riscos envolvidos. Para poder decidir entre um tratamento inovador ou um tratamento já aceite pela prática médica.

O dever de informação sobre todos os riscos também é maior no caso de tratamentos estéticos, uma vez que não há urgência ou é desnecessário de um ponto de vista médico.

---

se tiver omitido a informação sobre os riscos, se um “*reasonable patient*” tivesse concordado com essa decisão. Um paciente razoável não é um médico, por isso requer-se aos médicos que forneçam em detalhe a informação dos riscos improváveis e requer mais diálogo entre profissional e paciente antes do consentimento. O Tribunal considerou três pontos: os riscos significativos não podem ser reduzidos a percentagens; mais diálogo e, a exceção terapêutica é limitada, não deve ser usada de forma abusiva [par 86-91]. Ou seja, estamos agora perante o critério do razoável paciente teste. Para análise do caso, consultar: ([https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2013\\_0136\\_Judgment.pdf](https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0136_Judgment.pdf)).

<sup>46</sup> DCFR Full Edition, cit., comentário B ao art. IV.C.-8:105, pp. 1969-1970.

<sup>47</sup> I.V.C.- 8:106 (1) “ Se o tratamento não é necessário para manter ou melhorar a saúde, o profissional deve informar sobre todos os riscos conhecidos; (2) Se o tratamento é experimental, o profissional deve proporcionar toda a informação relativa aos objetivos do estudo, a natureza do tratamento, suas vantagens e riscos, [...]; (3) As partes não podem excluir a aplicação deste Capítulo nem derrogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente”.

<sup>48</sup> “*Unnecessary or experimental treatment*”. Os comentários a este artigo definem *Unnecessary treatment* como aquele que não é dirigido a melhorar a saúde física do paciente mas por outros motivos, e.g., cirurgia estética, odontologia, doação de órgãos. *Experimental treatment* aquele tratamento ainda numa fase de investigação e que pode beneficiar o paciente, mas em que os riscos são ainda inesperados, p.,ex., um ensaio clínico ou uma nova técnica. *Vd., Model Rules...*, Full Edition, Comments A. General idea, p. 1981 e 1982.

<sup>49</sup> *Model Rules...*, cit., pp. 1982 e ss.

<sup>50</sup> Quanto às alternativas ao tratamento proposto, os comentários colocam a questão de saber se o prestador deve informar sobre tratamentos médicos alternativos não convencionais e propõem uma solução aberta em função do que exige o *standard* de cuidado em cada caso.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

Esta orientação é unânime em quase todos os países europeus. Em relação aos ensaios clínicos, em Portugal é obrigatória a completa divulgação da informação, o consentimento por escrito e, a obrigação de um seguro de responsabilidade civil<sup>51</sup>, pelos danos causados no ensaio<sup>52</sup> <sup>53</sup>. Nestes casos, e porque Portugal tem uma lei especial sobre ensaios clínicos, parece-nos de difícil compatibilidade com o direito nacional, a aplicação do regime do IV.C.-8:107 sobre as exceções ao dever de informação.

No IV.C.-8:107, a exceção ao dever de informação do parágrafo 1 (a) chama-se exceção terapêutica<sup>54</sup>. Em certas circunstâncias, a revelação da informação pode resultar num prejuízo para a saúde ou vida do paciente. A doutrina aceita esta exceção, mas apenas nos casos em que a informação possa ter um impacto negativo no paciente, nomeadamente nos casos de doenças cardíacas ou mentais. Se o paradigma do paciente passivo está hoje ultrapassada, há doutrina que recusa a não divulgação da informação a todos os tipos de doentes. No entanto, a maioria aceita esta exceção, com a ressalva de que a informação deve, contudo,

---

<sup>51</sup> Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, que aprova a Lei da Investigação Clínica e, que relativamente aos Ensaios Clínicos com Medicamentos de uso humano, revoga a Lei 46/2004 de 19 de Agosto (Lei de Ensaios Clínicos com Medicamentos de uso humano), que transpõe a Directiva 2001/20/CE de 4 de Abril (relativa à aproximação de disposições legislativas dos Estados Membros, respeitantes à aplicação das boas práticas clínicas na condução dos ensaios clínicos de uso humano, OJ 2001 L 121/34). A Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, regula a investigação clínica, abrangendo entre outros estudos clínicos, os ensaios clínicos definidos como "*qualquer investigação conduzida no ser humano, destinada a descobrir ou verificar os efeitos clínicos, farmacológicos ou os outros efeitos farmacodinâmicos de um ou mais medicamentos experimentais, ou identificar os efeitos indesejáveis de um ou mais medicamentos experimentais, ou a analisar a absorção, a distribuição, o metabolismo e a eliminação de um ou mais medicamentos experimentais, a fim de apurar a respectiva segurança ou eficácia*". Ao nível da União Europeia foi aprovado o Regulamento (UE) n.º 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano e que revoga a Directiva 2001/20/CE. Esta legislação será diretamente aplicável ao regime jurídico dos Estados membros 6 meses após a publicação no Jornal Oficial das Comunidades Europeias do aviso da Comissão Europeia de conformidade operacional dos requisitos funcionais do Portal da UE e da Base de Dados da EU previstos, mas nunca antes de 28 de maio de 2016.

<sup>52</sup> *Model Rules...*, cit., p. 1985.

<sup>53</sup> Nos termos do art. 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina (CEDHbio) é expressamente proibido o ensaio clínico que modifique o genoma humano.

<sup>54</sup> IV.C.-8:107 (1) "A informação poderá não transmitir-se ao paciente: (a) se há razões objetivas que possam influenciar de forma grave e negativa a saúde ou vida do paciente".

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

ser dada aos familiares ou interessados. A exceção terapêutica apenas perdura enquanto se mantiverem as causas da não divulgação, devendo o paciente ser informado, *a posteriori*, quando essas causas cessarem.

No parágrafo (1) (b)<sup>55</sup>, o direito a não saber é reconhecido desde que a vida, saúde e segurança de terceiros, bem como interesses de saúde pública não sejam postos em perigo pela não divulgação da informação. A justificação deste direito assenta na autonomia do paciente<sup>56</sup>.

Finalmente, no parágrafo (2)<sup>57</sup>, se o paciente está incapaz<sup>58</sup> para consentir devido a urgência ou inconsciência, a informação é adiada para mais tarde, após o tratamento, devendo as pessoas ou instituições responsáveis pelo paciente, ser informadas com prontidão. Este ponto está relacionado com a obrigação de obter o consentimento do artigo seguinte, IV.C.-8:108, parágrafo (3).

A doutrina da exceção terapêutica é aceite mas inflexível na Alemanha, onde é permitida apenas e só se a informação causar sérios danos à vida e saúde do paciente.

Na Holanda, nos termos do art. 7:448 (3) BW<sup>59</sup>, a exceção terapêutica é igualmente aceite, mas restrita aos casos onde a informação possa causar danos ao paciente e, o médico deve consultar outro médico, antes de decidir não

---

<sup>55</sup> “(b) - se o paciente manifesta expressamente que não quer saber, desde que não ponha em perigo a saúde ou segurança de terceiros”.

<sup>56</sup> *Model Rules...*, cit., p. 1988. Os comentários referem que a pessoa destinatária da informação em caso de riscos para terceiros, é o paciente e não os terceiros. Ver também art. 10º, nº2 da CEDH Bio. Este direito não é contemplado no Direito português.

<sup>57</sup> “(2) - Não é necessário cumprir a obrigação de informação nas situações de urgência. Neste caso, o profissional de saúde deve informar mais tarde, se for possível”.

<sup>58</sup> O artigo e os comentários não têm em conta outras situações de incapacidade do paciente para entender a informação: menores ou situações de incapacidade permanente. *Vd.*, RAMOS GONZÁLEZ, S., “Servicios médicos” in VAQUER, A. et al., *Derecho Europeo de Los Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Atelier Libr, Vol.1, 2012, pp.1358 e ss.

<sup>59</sup> Tradução Inglês: art. 7:448 (3) BW: “The care provider may only withhold the information from the patient as far as providing it would clearly cause serious harm to the patient. If the interest of the patient requires so, the care provider must give the information to a person other than the patient. The information shall be provided to the patient when there is no longer any danger of causing the harm referred to above. The care provider shall not use the authority referred to in the first sentence without having consulted another care provider on the matter”.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

informar<sup>60</sup>. No entanto, deve dar a informação a outra pessoa que não o paciente e, a este, assim que cessem as causas justificativas da não divulgação.

Igualmente, na Alemanha, no §630e (3) BGB<sup>61</sup>, a exceção terapêutica é admitida nos casos de urgência do tratamento (havendo na maioria destas situações um consentimento presumido, hipótese expressa no §630d (1) BGB<sup>62</sup>), de dispensa da informação por circunstâncias particulares do paciente e, no caso deste último ter explicitamente declarado não querer ser informado (o direito a não saber).

#### IV.C. - 8:108: “Obrigação de não tratar sem consentimento”

A análise a estes artigos deveria ser em conjunto, como se diz nos comentários oficiais ao DCFR. O dever de informação é instrumental do direito do paciente a consentir no tratamento, para valorar se a informação foi suficiente, adequada e completa e, tomar decisões justificadas e aceitar o tratamento. Há questões só do consentimento (capacidade, sujeitos, forma), e há questões só do dever de informação (alcance e forma).

O DCFR não coloca em comum os regimes das exceções. Os arts. IV.C.-8:107 e IV.C.-8:108<sup>63</sup>, consideram a situação de urgência como exceções às obrigações de

---

<sup>60</sup> A necessidade de consultar outro médico é criticada por alguma doutrina holandesa. Bibliografia citada em *Model Rules...*, cit., p. 1989: B. Sluyters and Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Kluwer, 2005.

<sup>61</sup> Tradução Inglês: §630e (3) BGB: “The patient does not need to be provided with information where this can be exceptionally dispensed with because of particular circumstances, in particular if the measure cannot be delayed or the patient has explicitly waived being provided with the information”.

<sup>62</sup> “Consent”.

<sup>63</sup> IV.C.- 8:108 (1) “O prestador do serviço não deve prestar o tratamento sem que o paciente tenha prestado o seu prévio consentimento informado. (2): O paciente poderá revogar o consentimento a todo o tempo (3): Se o paciente não é capaz de dar o seu consentimento, o prestador do serviço não deve efectuar o tratamento, salvo se: (a): se houver consentimento de pessoa ou instituição legalmente habilitada para tomar decisões sobre o tratamento em nome do paciente; ou (b): se cumpriram as normas procedimentais que permitam prestar legalmente o tratamento sem esse consentimento; ou (c): o tratamento dever prestar-se em situação de urgência. (4): Na situação do parágrafo (3), o profissional não deve prestar o tratamento sem considerar, se for possível, a opinião do paciente sobre o tratamento e a opinião que poderá ter expressado antes de estar em situação de incapacidade. (5): Nas circunstâncias do parágrafo (3), o prestador do serviço poderá prestar aquele tratamento apenas para melhorar o estado de saúde do paciente. (6): Nas

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

informação e de obtenção do consentimento, mas não mantêm um critério uniforme em relação ao papel dos familiares ou representantes legais do paciente. E o art. IV.C.-8:108 não menciona, em sede de consentimento, a exceção terapêutica.

No direito espanhol (Ley 41/2002), também não se fez melhor, sobre o titular do direito à informação e, nos termos do art. 5º, não se regula a situação de urgência, que é uma exceção ao dever de informação.

O princípio da autonomia do paciente é o fundamento axiológico tanto do dever do profissional de obter o consentimento, como do direito do paciente a recusar (parágrafo 1) o tratamento ou a revogar o consentimento a qualquer momento e de forma livre (parágrafo 2). Não se exige forma escrita<sup>64</sup>, nem nos casos de tratamento estético ou desnecessário (parágrafo 6), nem nos tratamentos experimentais (o DCFR remete para os Estados a regulação destas matérias).

No parágrafo (3), a expressão “*the patient is incapable*”, parece poder englobar tanto o menor<sup>65</sup> ou incapaz, como a pessoa inconsciente e aquela em situação de urgência. Ou seja, trata como exceções à regra geral do consentimento por

---

circunstâncias descritas no par (2) do IV.C.-8:106, o consentimento deve ser dado de forma expressa e específica. (7): As partes não podem excluir a aplicação deste artigo nem derrogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente”.

<sup>64</sup> Nos direitos nacionais, por exemplo em Espanha com a Ley 41/2002, exige-se forma escrita para a revogação do consentimento, a recusa de tratamento, terapias invasoras, ensaios clínicos com medicamentos entre outros. No direito português, Cfr., PEREIRA, André, “O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulário: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2000.

<sup>65</sup> Em Portugal a idade para consentir era de 14 anos, nos termos do art. 38º, nº3 do Código Penal. A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, elevou a idade do consentimento de 14 para 16 anos. A própria lei dispõe, no n.º 2 do art. 1878.º do CC, que os pais devem conceder, gradualmente, independência aos filhos, encorajando o seu desenvolvimento físico e psíquico: “os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”. Isto facilmente se compreende uma vez que, mesmo antes dos 16, muitos jovens já são capazes de tomar decisões responsáveis. Também o n.º 2 do artigo 6.º da CEDH Bio dispõe que: “Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante...”.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

representação<sup>66</sup> e a situação de urgência, quando só a urgência<sup>67</sup> é uma exceção à obtenção do consentimento em sentido estrito. Também não distingue entre representante legal e outros sujeitos autorizados para consentir (no lugar dos pacientes incapazes não incapacitados judicialmente ou dos que sofram de incapacidade transitória). Neste ponto os comentários remetem para os Estados Membros a integração das normas sobre consentimento por representação. Uma interpretação literal do par (3) permite concluir que a situação de urgência do tratamento não liberta o profissional de obter o consentimento se o paciente está em condições de o fazer. Os comentários parecem defender a tese de que o prestador pode aplicar o tratamento ao paciente sempre que seja necessário numa situação de urgência<sup>68</sup>. Este preceito devia ser redigido de modo a regular de forma autónoma a obtenção do consentimento, porque uma interpretação literal dos parágrafos (3-a) e (3-b) leva à conclusão de que no caso dos menores de idade ou incapacitados, a situação de urgência desobriga o profissional de tentar obter o consentimento do menor ou dos representantes legais, e não é assim. Nos comentários não se encontra nenhuma explicação sobre o parágrafo (3) (b) que faculta ao prestador atuar sem obter o consentimento do paciente quando:” se tiverem cumprido as normas ou procedimentos que permitam prestar legalmente o tratamento sem esse consentimento”. Uma leitura dessa disposição à luz do direito nacional<sup>69</sup> permite concluir que está pensado para os casos de riscos para a saúde pública estabelecidos em lei.

No parágrafo (4), o grau de incapacidade do paciente exige ao médico que respeite, na medida do possível, a opinião atual do paciente sobre o tratamento

---

<sup>66</sup> Remete para os Estados, a regulação desta situação. Cfr., *Model Rules...*, cit., comentário C, p. 1990.

<sup>67</sup> O parágrafo (3) (c) não exclui a possibilidade de obter o consentimento assim que cesse a urgência. Em relação aos menores de idade, também a obtenção do consentimento no caso de urgência, é uma obrigação do médico assim que cesse essa urgência. Os casos do parágrafo (3) (b) relacionam-se com a saúde pública, regulados em legislação dos Estados.

<sup>68</sup> *Model Rules...*, cit., p. 1994.

<sup>69</sup> Para uma análise sobre o Consentimento Informado em Portugal, ver, por todos, a Norma DGS 15/2013, de 3/10/2013, atualizada em 14/10/2014, disponível em ([www.ers.pt/uploads/writer\\_file/document/1202/Norma\\_DGS\\_015-2013\\_CI.pdf](http://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/1202/Norma_DGS_015-2013_CI.pdf)).

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

proposto ou a opinião expressada antes da sua incapacidade em documentos de instruções prévias (ou declarações antecipadas de vontade). Nos comentários é referido que, em qualquer caso, a opinião do paciente não é vinculativa e a sua relevância varia em função das circunstâncias do caso concreto<sup>70</sup>, é assim uma regra aberta sobre a relevância da opinião do paciente.

Apesar da regra do parágrafo (4) se referir com carácter geral, a qualquer das situações descritas, parece pensada apenas para os casos de consentimento por representação. Também se pode dizer o mesmo do parágrafo (5), que parece limitar o consentimento por representação aos tratamentos necessários, e só, para melhorar ou manter o estado de saúde do paciente, excluindo-se os tratamentos estéticos. Os comentários propõem que esta regra deva ser aberta, em função de cada direito nacional, a admitir os últimos avanços da bioética para solucionar situações em que o paciente se encontra em fim de vida<sup>71</sup>.

Em relação ao consentimento nos tratamentos experimentais, o parágrafo (6) refere que deve seguir uma forma mais rígida, atendendo aos direitos nacionais e suas regras formais, para acautelar uma maior protecção dos pacientes, sendo obrigatório que o consentimento seja documentado e específico para um determinado tratamento experimental. A fronteira entre o que é um ensaio clínico e um tratamento experimental ou inovador é muito ténue. A Diretiva 2001/20/EC de 4 de Abril de 2001<sup>72</sup>, sobre ensaios clínicos, define no seu art.1º, nº 2 o conceito de boa prática clínica<sup>73 74</sup> e, exclui do seu âmbito de aplicação o

---

<sup>70</sup> *Model Rules...*, Comentário C ao art. IV.C. 8:108, cit., p. 1994-1995.

<sup>71</sup> *Model Rules...*, cit., p. 1993.

<sup>72</sup> Com a aprovação do regulamento nº 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano e que revoga a Diretiva 2001/20/CE.

<sup>73</sup> Art 1º, nº 2: “As boas práticas clínicas constituem um conjunto de requisitos de qualidade, em termos éticos e científicos, reconhecidos a nível internacional, que devem ser respeitados na planificação, na execução, no registo e na notificação dos ensaios clínicos que envolvam a participação de seres humanos. A observância dessas boas práticas constitui uma garantia de protecção dos direitos, da segurança e do bem-estar dos participantes nos ensaios clínicos, bem como da credibilidade desses ensaios”.

<sup>74</sup> Na redação da Lei nº 21/2014, de 16 de abril, é definido no Art 2º, alínea d) “Boas práticas clínicas” os preceitos internacionalmente reconhecidos de qualidade ética e científica que devem ser

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

tratamento experimental, a investigação sobre tecidos, sobre o embrião, órgãos e sangue. Apenas inclui no seu âmbito os medicamentos de uso humano.

Uma futura regulação do contrato de prestação de serviços médicos deverá identificar com clareza as consequências jurídicas da violação do consentimento informado quando também o tratamento se desenvolve conforme às *legis artis ad hoc*.

#### **IV.C. - 8:109: “Ficheiro clínico”**

O Art. IV.C.-8:109<sup>75</sup>, regula três obrigações do prestador de serviço em relação ao ficheiro clínico. Desde logo, a obrigação de criar o documento com a história clínica de forma adequada e com a informação completa, a saber - a entrevista, os exames realizados, a obtenção do consentimento e os tratamentos médicos aplicados ao paciente. Os comentários acrescem a estes exemplos, a identificação dos profissionais que atenderam o paciente<sup>76</sup>.

A finalidade desta documentação é dupla: por um lado, proporcionar informação relevante para outros profissionais ou familiares do paciente, para a

---

respeitados na conceção, na realização, no registo, na notificação, na publicação e na revisão dos estudos clínicos que envolvam a participação de seres humanos.

<sup>75</sup> 8:109 (1) “O prestador deve criar o documento com a história clínica de forma adequada, incluindo a informação recolhida, exames, consultas e informação relevante ao consentimento informado sobre o tratamento prestado; (2) O prestador do serviço deve: (a) proporcionar ao paciente ou se este for incapaz de dar o consentimento; à pessoa ou instituição o acesso ao ficheiro clínico; (b): responder, na medida do razoável, a perguntas sobre a interpretação dos documentos. (3) Se o paciente sofreu lesões e alega que são consequência do incumprimento por parte do prestador da obrigação de competência e diligência, e este último não cumpriu o disposto no nº2, presume-se que houve incumprimento da obrigação de competência e diligência, assim como uma relação causal entre esse incumprimento e a lesão. (4) Deve conservar-se por 10 anos [...]”

<sup>76</sup> *Model Rules...*, Full Edition, Comentário A, p. 2001. A identificação do profissional que assiste o paciente constitui uma informação essencial que não é contemplada em lei nacional de direitos dos pacientes na maioria dos países europeus. A relevância deste preceito está de acordo com o IV.C. 8:111 (“Obligations of treatment-providing organisations”), que estende à Instituição de saúde a responsabilidade civil por incumprimento das obrigações do profissional, se esta não puder identificar o profissional que contratou com o paciente.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

administração pública nos casos de riscos para terceiros - o parágrafo (6)<sup>77</sup>, obriga o profissional a revelar essa informação a outras pessoas que não o paciente. Por outro lado, a história é a fonte principal de informação para uma acção de responsabilidade por incumprimento das obrigações do prestador do serviço. Serve não só os interesses das partes como do tribunal.

Esta regulação da relação contratual entre o prestador de serviço e paciente, nos termos do parágrafo (2), limita-se a impor àquele uma obrigação consistente em garantir o acesso<sup>78</sup> a essa informação e, a prestar as informações relacionadas com o seu significado. Outra questão que os comentários levantam, é se também se deve ter acesso às anotações subjetivas dos profissionais e, se esse acesso à ficha clínica, deve ser feito mediante a colaboração do prestador de serviço<sup>79</sup>.

O parágrafo (4) considera razoável que tais obrigações sejam exigíveis durante 10 anos<sup>80</sup>, desde o fim do tratamento, sem prejuízo de se prolongar no caso de interesse médico, para o paciente ou familiares, ou interesse geral (por ex., tempo de revelação de sintomas de exposição a certos riscos ou motivos genéticos).

Uma deficiente informação contida na ficha clínica pode fazer supor um incumprimento da prestação principal médica se o prestador do serviço, guiado por essa informação, presta uma assistência médica defeituosa. Se a informação defeituosa não é imputável ao prestador, mas a outro profissional que atendeu o paciente noutra fase, não é claro que o primeiro deva ser responsável pelos danos derivados da assistência. Neste caso parece apropriado fazer responder o hospital pelo mau funcionamento do serviço em conjunto, sem prejuízo da

---

<sup>77</sup> IV.C.- 8:109 (6): “O prestador do serviço não poderá revelar a terceiros informação sobre o paciente ou outras pessoas envolvidas no tratamento, salvo nas situações necessárias para proteger terceiros ou o interesse público. O prestador do serviço poderá utilizar o ficheiro clínico de forma anónima para fins estatísticos, educativos ou científicos”.

<sup>78</sup> Nos termos do §630g BGB (“*Einsichtnahme in die Patientenakte*”), o paciente tem direito de acesso imediato ao ficheiro clínico. A recusa deve ser motivada e, em caso de morte, este direito transmite-se aos herdeiros, salvo vontade diversa do paciente. De salientar que em Portugal o acesso é indireto e apenas às notas objetivas e através de outro médico.

<sup>79</sup> DCFR, cit., Comentário B, p. 2003.

<sup>80</sup> Igual período de tempo no §630f (3) BGB (“*Dokumentation der Behandlung*”).

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

responsabilidade civil extracontratual do profissional que elaborou a ficha clínica de forma defeituosa.

O parágrafo (6) impõe ao prestador de serviço uma terceira obrigação: a de segredo sobre o conteúdo da história clínica em relação a terceiras pessoas diferentes dos representantes legais do paciente (os comentários referem as companhias de seguros ou o empregador, se foram estes a contratar com o prestador do serviço médico)<sup>81</sup>. Não obstante, o DCFR admite exceções baseadas nos interesses de terceiros e no interesse público (por ex., doenças infecciosas) – questão que remete para os deveres de cuidado do médico para com terceiros distintos do paciente.

Os comentários ao IV.C.- 8:107, em matéria de exceções à obrigação de informação, deixam claro que o destinatário da informação é, nestes casos, o paciente. A regra, em matéria de história clínica, parece permitir que terceiros sejam destinatários diretos da informação. A obrigação de segredo não impede que o prestador utilize a informação sobre a história clínica de forma anónima para fins estatísticos, educativos ou científicos.

Destas três obrigações descritas, só o alcance da obrigação de segredo pode ser modificada pelas partes em prejuízo dos interesses do paciente – por ex., porque o paciente consente<sup>82</sup>, que se utilize a informação, incluindo a sua identificação.

#### **IV.C. - 8:110: “Remédios em caso de incumprimento”**

Por um lado, esta regra<sup>83</sup> remete para a regulação geral sobre incumprimento do Livro III<sup>84</sup>, capítulo 3<sup>85</sup> e, para a regra especial em matéria de serviços, sobre

---

<sup>81</sup> Ver *supra* IV.C.-8:101 DCFR em relação ao âmbito de aplicação do contrato de serviços médicos.

<sup>82</sup> Por exemplo, Art. 7:457 (1) BW: “*Obligation of secrecy*” – “[...] the care provider ensures that persons other than the patient are not provided with information about the patient or with access to or copies of the documents...without the patient’s consent”.

<sup>83</sup> IV.C.-8:110: “Incumprimento: Em caso de qualquer incumprimento deste contrato, aplica-se o capítulo 3 do Livro III (preço inferior se cumprimento defeituoso ou suspensão) e I.V.C.- 2:111 (resolução pelo cliente).”

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

direito de resolução unilateral pelo cliente, com ou sem justa causa (Art. IV.C.-2:111<sup>86</sup> e Art. III.1:109 (3), sobre resolução unilateral mediante notificação prévia e, com o Art. III.3:510<sup>87</sup> e ss, sobre os efeitos da restituição<sup>88</sup> da resolução em geral). Por outro lado, o Art. IV.C.-8:110 define dois requisitos para a suspensão e para a resolução do contrato no caso do prestador do serviço. Por parte do paciente: se o contrato for defeituoso ou houver incumprimento total da prestação imputável a negligência do prestador, o paciente pode suspender o cumprimento da sua obrigação de pagar o serviço, solicitar o cumprimento ou resolver o contrato por incumprimento defeituoso ou substancial - com a consequência da devolução de todo ou parte do preço em função do contrato em conjunto ou só na parte defeituosa - ou o paciente pode cumprir a sua obrigação mediante redução do preço. A acção por incumprimento, nestes casos, é compatível com o Art. III.-3:102 DCFR<sup>89</sup>.

Para além desta solução contida na parte geral do Livro III, o IV.C.- 8:110 remete para a parte especial do Art. IV.C.-2:111 sobre o direito de resolução do cliente. Aplicado ao contrato de serviços médicos, o direito do paciente a terminar a relação jurídica devido a qualquer incumprimento por parte do prestador do serviço, nos termos do parágrafo (4)<sup>90</sup>. As consequências jurídicas desta solução são referidas nos comentários<sup>91</sup>. Primeiro, conforme o Art. III.-1:109, a resolução do contrato terá efeitos não retroativos ou seja, não afeta o que foi vencido antes da resolução e que constituem a contraprestação de uma prestação realizada, por exemplo, exames já realizados pelo paciente, honorários por

---

<sup>84</sup> Book III: “*Obligations and corresponding rights*”.

<sup>85</sup> Chapter 3: “*Remedies for non-performance*”.

<sup>86</sup> IV.C.-2:111: “*Client’s right to terminate*”: (1): “The client may terminate the contractual relationship at any time by giving notice to the service provider; (2): The effects of termination are governed by III.-1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (3)”.

<sup>87</sup> DCFR Full Edition, Vol. I, p. 843.

<sup>88</sup> Art. III. - 3:510 DCFR: “*Restitution of benefits received by performance*”.

<sup>89</sup> “*Cumulation of remedies*”.

<sup>90</sup> IV.C.-2:111 (4): “When the client was not justified in termination the relationship, the termination is nevertheless effective but, the service provider has a right to damages in accordance with the rules in Book III”.

<sup>91</sup> DCFR, Full Edition, cit., pp. 2016 e ss.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

consultas já feitas. Segundo, discutível é se o paciente está obrigado a pagar ao prestador uma indemnização por danos pelo fim do contrato, por exemplo, pelo custo de produtos adquiridos para o tratamento. O Art. IV.C.-2:111 impõe ao cliente, que resolve o contrato sem causa, esta obrigação. Não obstante, os comentários excluem esta regra para o paciente, com o argumento de que a prestação depende, em qualquer caso, do consentimento do paciente para o tratamento<sup>92</sup>. Por parte do prestador de serviço: este capítulo 8 não refere as obrigações por parte do paciente. Nos comentários são referidos dois, a saber, a obrigação de cooperação (IV.C.-2:103) e a obrigação de pagar. A obrigação de cooperação concretiza-se pela obrigação do paciente em fornecer ao médico as informações sobre o seu estado de saúde (IV.C.-8:102) e de cumprir as instruções para garantir o êxito do tratamento. Dado o carácter pessoal desta relação está excluída a execução específica do contrato.

O prestador do serviço não pode terminar o contrato médico, se esse facto causar sérios perigos para a saúde do paciente. Em vários sistemas jurídicos existem restrições ao direito do prestador terminar o contrato, no entanto este direito é reconhecido ao paciente a qualquer momento.

Na Holanda, é reconhecido ao prestador o direito a terminar o contrato apenas por razões importantes (art. 7:460 BW), por exemplo por reforma profissional, se o paciente altera a sua residência para outra região ou se a relação de confiança entre as partes se perdeu devido a divergências acerca do tratamento.

Em conclusão, na maioria dos sistemas nacionais é reconhecido ao paciente a faculdade de terminar o contrato a qualquer momento. Ao prestador do serviço, é facultado esse direito de forma restrita e por razões motivadas e importantes, apenas e só se não causar danos ao paciente e até ser garantido um outro médico.

---

<sup>92</sup> *Idem, ibidem*, Comentário C, p. 2016.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

#### **IV.C. - 8:111: “Responsabilidade central da instituição”**

Os comentários a este artigo<sup>93</sup>, deixam claro que se aplica àqueles casos em que o profissional que contratou com o paciente presta os serviços num hospital ou clínica e com o qual não tem uma relação laboral ou de dependência funcional ou profissional. Os contratos de prestação de serviços médicos estão desenhados para contratos celebrados entre paciente e profissional de saúde. O capítulo 8 ocupa-se da responsabilidade do hospital, não como parte do contrato de serviços médicos, mas como titular das instalações e dos recursos materiais necessários para executar o tratamento médico contratado com o profissional. Esta regra, com o objetivo de proteger o paciente, estende a responsabilidade contratual do profissional ao hospital se, o paciente não puder identificar a quem pode exigir a responsabilidade (par 1 e 2). Impõe-se, sobre o hospital, a obrigação de identificar, a pedido do paciente e num prazo razoável, o profissional que prestou a assistência médica, suportando sozinho as consequências de uma má prática médica que não lhe seja imputável, se não prestar essa informação<sup>94</sup>. A regra do parágrafo (2) é inspirada no art. 3º, nº3<sup>95</sup> da Diretiva 85/374/CE, de 25/07/1985 em matéria de responsabilidade civil por produtos defeituosos<sup>96</sup>.

Apenas alguns sistemas jurídicos prevêem a responsabilidade civil dos hospitais e clínicas. Assim, por exemplo, na Holanda, o art. 7:462 BW estabelece

---

<sup>93</sup> IV.C.-8:111 (1) “Se durante o cumprimento das obrigações previstas no contrato de serviços médicos se realizam actividades num hospital ou nas instalações de outro centro de saúde, e o hospital ou esse centro não são parte do contrato de serviços médicos, deve ficar claro para o paciente que não são parte contratante. (2) Quando não seja possível identificar o prestador do tratamento, o hospital ou centro em que foram prestados o serviço são considerados como o prestador do serviço, salvo se o hospital informar o paciente, num prazo razoável, sobre a identidade do prestador do serviço. (3) As partes não podem excluir a aplicação deste artigo nem derogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente.”

<sup>94</sup> DCFR, Full Edition, Comentário C, p. 2010.

<sup>95</sup> Quando não puder ser identificado o produtor do produto, cada fornecedor será considerado como produto, salvo se indicar ao lesado, num prazo razoável, a identidade do produtor ou daquele que lhe forneceu o produto. O mesmo se aplica no caso de um produto importado, se este produto não indicar o nome do importador referido no no 2, mesmo se for indicado o nome do produtor.

<sup>96</sup> Sobre o Regime da Responsabilidade do Produtor e as especificidades do medicamento, ver Diana Montenegro da SILVEIRA, “Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos” in *Centro de Direito Biomédico*, 18, Coimbra editora, 2010, pp. 181-224.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

Helga Fabíola da Fonseca Farela

essa responsabilidade, ou seja, se o tratamento é executado num hospital<sup>97</sup>, a instituição de saúde é responsável pelos danos causados ao paciente, mesmo se esse hospital não é parte contratante. Se o dano é causado por um profissional independente ao quadro laboral do hospital, que contratou com o paciente, o hospital onde o tratamento foi executado é responsável por esse dano sofrido pelo paciente.

Igual responsabilidade dos hospitais públicos existe em França, Espanha e Itália. Na Finlândia e Suécia esta regra não é importante uma vez que existe o regime de compensação dos pacientes – mas também não é permitido tratamentos por médicos independentes ao hospital.

Na Holanda, se o hospital é a parte contratante (art. 7:446 BW) é o responsável pelos erros das pessoas contratualmente obrigadas, pela utilização das suas instalações. Não é relevante se existe ou não relação laboral com o hospital. Se o hospital não é parte no contrato (porque o médico contratou ele mesmo), é responsável como se fosse parte, nos termos do art. 7:462 (1) BW, que estabelece que se no processo de execução das obrigações contratuais derivadas de contrato médico, estas são efectuadas num hospital que não é parte, o hospital é responsável como se o fosse. Aqui não é importante para o paciente saber quem é o médico que executou o tratamento, ao contrário do IV.C.-8:111 DCFR, pois o paciente pode sempre interpor ação de responsabilidade do hospital por erros cometidos pelo médico. Com esta responsabilidade, chamada de “*Central Liability of the hospital*”, nos termos do art. 7:462 BW, o paciente tem uma “*central address*” a quem dirigir diretamente a sua queixa.

Do ponto de vista holandês, o art. IV.C.-8:111 DCFR, pode ser visto como uma desilusão, pois o DCFR limita a responsabilidade civil da instituição de saúde aos casos em que não identifica o profissional com que o paciente contratou e que prestou os cuidados médicos nas suas instalações. Ou seja, a base da

---

<sup>97</sup> “Hospital”, nos termos do art. 7:462 (2) BW, engloba um centro de enfermagem, clínica dentária, casa de saúde mental, clínica abortiva, mas não uma clínica privada.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

responsabilidade que o DCFR regula, está no incumprimento por parte da instituição de saúde de uma obrigação diligente em identificar os profissionais que exercem medicina nas suas instalações. Por isso se justificaria que a identificação do profissional se configurasse como um conteúdo essencial da informação exigível pelo paciente<sup>98</sup>.

Ao contrário da Holanda, que não estabelece regras sobre o ónus da prova<sup>99</sup>, na Alemanha, a disposição do §630h BGB<sup>100</sup> sobre a distribuição do ónus da prova, tem como objetivo, sistematizar uma norma específica sobre responsabilidade médica desenvolvida pela jurisprudência, que se aplica a todos os contratos de serviços médicos<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Este regime de responsabilidade da instituição seria relevante em Portugal, p. ex., nas clínicas dentárias, que têm ao serviço auxiliares (contrato total se houver relação laboral), ou com profissionais independentes (contrato dividido). Sobre o tema, *Vd.*, ALMEIDA, Carlos, “Os Contratos Cíveis de prestação de Serviço Médico” in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1986, pp.85 e ss.

<sup>99</sup> HONDIUS, E., “The New Dutch Law...”, *ob. cit.*, pp. 6 e ss. No caso *Timmer v. Deutman*, de 20 de Novembro de 1987, o *Hoge Raad*, no entanto, tem desenvolvido uma orientação aproximada da inversão do ónus da prova, obrigando o médico a fornecer todos os documentos que possam orientar o paciente na prova da culpa do médico ou prestador do serviço.

<sup>100</sup> Tradução Inglês do §630h BGB:” *The burden of proof in case of liability for malpractice and errors in providing information*: (1): An error is to be presumed to have been committed by the treatment party if a general treatment risk has materialized which was fully manageable for the treating party and which led to the injury to the life, limb or health of the patient. (2): The treating party is to prove that he/she has acquired consent in accordance with section 630d and provided information in accordance with requirements of section 630e. If the information does not comply with the requirements of section 630e, the treating party may assert that the patient would also have consented to the measure had proper information been provided. (3): If the treating party has not recorded a medically-necessary major measure and its result in the medical records, counter to section 630f (1) or (2), or if, counter to section 630f (3), he/she has not retained the medical records, it is to be presumed that he/she has not carried out this measure. (4): If the treating party was not qualified to carry out the treatment which he/she performed, it is to be presumed that the lack of qualification was the cause of the occurrence of the injury to the life, limb or health. (5): If gross malpractice has committed, and if this is susceptible as a matter of principle to cause an injury to life, limb or health of the nature which in fact took place, it is to be presumed that the malpractice was the cause of this injury. This is also apply if the treating party omitted to take or record a medically-necessary finding in good time where the finding would with sufficient certainty have led to a result which would have given rise to further measures, and if failure to carry out such measures would have constituted gross malpractice”.

<sup>101</sup> Ver os trabalhos preparatórios a esta lei. BT- Drucksache 17/10488, de 15 de Agosto de 2012, p. 28, Disponível em (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf>).

### **3. Conclusão**

Feita a análise, ainda que resumidamente, dos pressupostos e consequências do regime do contrato de serviços aplicável aos tratamentos médicos, chegamos ao ponto de tecer algumas notas finais.

Conforme deixámos expresso nesta análise, somos da opinião que a determinação do regime jurídico aplicável ao contrato de serviços que se estabelece entre o prestador de serviços médicos e o paciente, deve ser claro, mediante a positivação na lei dos direitos dos pacientes, de modo a proteger melhor esses direitos, uma vez que a profissão médica se confronta hoje com uma nova geração de pacientes que não toma por garantido o que o médico diz e, neste sentido, guiar o médico/prestador- em assuntos mais detalhados sobre os direitos dos pacientes, face à inexistência de regras específicas. Estas, apenas se encontram no Código Deontológico, cujas regras regem o estado do conhecimento científico e técnico e o exercício da profissão médica.

Existem leis autónomas em matérias tão diversas como de informação e documentação, produtos defeituosos, segurança dos medicamentos e dispositivos, terapias não convencionais, a CEDHBio, entre outras leis que reforçam os direitos dos pacientes, onde se integra parcialmente o conteúdo do contrato.

Também é de referir que a codificação de uma lei de direitos dos pacientes facilita o conhecimento dos direitos por parte dos pacientes, de modo a uma tutela mais eficaz e uma maior transparência e segurança jurídicas. Efetivar esses direitos através de uma codificação de orientações jurisprudenciais, promovendo uma cultura de erros evitáveis, aumentando os direitos face às instituições com uma maior participação da informação dos pacientes, com base em princípios de repartição do ónus da prova, diminuindo uma medicina defensiva.

O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojeto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)

*Helga Fabíola da Fonseca Farela*

Por último de salientar que, à semelhança da Holanda e Alemanha, outros países<sup>102</sup> seguiram o mesmo modelo contratual e também tipificaram o contrato de prestação de serviços médicos (contrato nominado) no Código Civil.

---

<sup>102</sup> Consultar ([http://europatientrights.eu/types/general\\_overview\\_of\\_types\\_of\\_legislation.html](http://europatientrights.eu/types/general_overview_of_types_of_legislation.html)).